

29. 1. Ist der Rechtsweg über die Befugnis zum Betriebe der Schankwirtschaft auf einem Grundstücke, mit welchem eine Realgerechtigkeit verbunden ist, zulässig?  
Gewerbeordnung §§. 33. 48.

2. Inkorrekte Bezeichnung des Beklagten.

V. Civilsenat. Urth. v. 21. April 1886 i. S. S. (Rl.) w. den preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. V. 358/85.

I. Landgericht Posen.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Kläger sind als Eigentümer des Grundstückes Ch. II. Nr. 75 im Grundbuche eingetragen. Deren Vorbesitzer M. hat im Frühjahr 1882 bei dem Landrate des Kreises A. beantragt, ihm die Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft auf seinem Grundstücke zu erteilen. Das Gesuch ist vom Kreislandrate durch Bescheid vom 1. April 1882

wegen mangelnden Bedürfnisses abgelehnt, und die Königl. Regierung zu B. hat auf den dagegen eingelegten Rekurs den angefochtenen Bescheid aus den darin angegebenen Gründen mit dem Bemerken bestätigt, daß für die von dem Rekurrenten behauptete Realschankberechtigung jeder Nachweis fehlte. Landrat und Regierung haben den wiederholten Anträgen des M. gegenüber diesen Standpunkt festgehalten, und auch die Kläger haben, nachdem sie ihre Eintragung als neue Eigentümer des bezeichneten Grundstücks erlangt hatten, schließlich auf ihre Frage, ob die Königl. Regierung als Vertreterin des Fiskus die Anerkennung ihres Realschankrechtes, welches vermöge seiner Dinglichkeit gegen jeden Dritten, insbesondere auch gegen den von der Königl. Regierung vertretenen Fiskus wirke, verweigern wolle, wie früher ihr Vorbesitzer den Bescheid erhalten, die von den Klägern behauptete Realschankberechtigung könne wegen unzulänglichen Nachweises derselben nicht anerkannt werden. Infolgedessen haben die Kläger, welche in der Nichtanerkennung des von ihnen beanspruchten Realrechtes eine Verletzung dieses ihres Rechtes durch den Fiskus erblicken, gegen den Königl. Fiskus, vertreten durch die Königl. Regierung zu B., Klage erhoben mit den folgenden Anträgen:

- 1) den beklagten Fiskus zu verurteilen, anzuerkennen, daß die Kläger als Eigentümer des Grundstücks Ch. II. Nr. 75 berechtigt sind, auf diesem Grundstücke die Schankwirtschaft zu betreiben und Getränke in Gläsern, Flaschen oder anderen kleinen Quantitäten zu verkaufen;

eventuell

- 2) den beklagten Fiskus zu verurteilen, anzuerkennen, daß den Klägern als Eigentümern des Grundstücks Ch. II. Nr. 75 eine Realschankberechtigung im Sinne der §§. 54, 55 A.L.R. I. 23 zusteht.

Die beiden Vorderrichter, davon ausgehend, daß die Königl. Regierung in B. den Klägern und deren Vorbesitzer gegenüber lediglich als Gewerbepolizeibehörde gehandelt habe, haben die Kläger mit beiden Anträgen wegen Mangels der Passivlegitimation des beklagten Fiskus — das Berufungsgericht auch wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges — abgewiesen.

1. Soweit die Revision eine Abänderung des Berufungsurteiles bezüglich des prinzipialen Klageantrages bezweckt, ist dieselbe nicht begründet.

Veranlassung zur Klage haben die von der Königl. Regierung zu P. in demjenigen Verfahren erteilten Bescheide gegeben, welches der Vorbesitzer der Kläger durch sein wiederholtes Gesuch um Erteilung der Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft veranlaßt hat. Mit der Klage wollen die Kläger durch den prinzipialen Antrag im Rechtswege erzwingen, was sie in jenem Verwaltungsverfahren nicht erreicht haben. Die Königl. Regierung, welche als endgültig entscheidende Gewerbepolizeibehörde dem Vorbesitzer der Kläger und den letzteren selbst die Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft auf ihrem Grundstücke versagt hat, soll durch den ordentlichen Richter verurteilt werden, die Berechtigung des Klägers zu einem solchen Gewerbebetriebe anzuerkennen. Das ist unzulässig, weil in dem Verfahren, betreffend die Erteilung der Schankerlaubnis, kein Raum für den Rechtsweg, und auch gegen die in diesem Verfahren ergangenen Bescheide der Rechtsweg nicht zugelassen ist.

Nach §. 33 Gew.O. (neuester Redaktion) bedarf derjenige, welcher Gastwirtschaft, Schankwirtschaft oder Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus betreiben will, dazu der Erlaubnis. Diese Erlaubnis kann versagt werden: 1) aus Gründen, welche die Person des Nachsuchenden betreffen, 2) wenn das Lokal wegen seiner Beschaffenheit oder Lage nicht genügt. Außerdem können die Landesregierungen die Erlaubnis zum Ausschänken von Branntwein oder zum Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus von dem Nachweise eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig machen. Die Versagungsgründe fallen jedoch zum Teil weg, wenn dem Nachsuchenden eine Realgewerbeberechtigung gebührt. Die vor dem Erlasse der Gewerbeordnung erworbenen Realberechtigungen dauern fort. In bezug darauf bestimmt §. 48 der Gewerbeordnung: „Realgewerbeberechtigungen können auf jede, nach den Vorschriften dieses Gesetzes zum Betriebe des Gewerbes befähigte Person in der Art übertragen werden, daß der Erwerber die Gewerbeberechtigung für eigene Rechnung ausüben darf.“ Hiernach bedarf es zwar der polizeilichen Erlaubnis zum Fortbetriebe des Gewerbes für denjenigen, welcher die berechtigte Realität erwirbt,

vgl. Erkenntnis des preussischen Obertrib. vom 3. Januar 1879, Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertrib. in Straff. Bd. 20 S. 3, aber die Erlaubnis darf nur aus Gründen versagt werden, welche die Person des Nachsuchenden oder die Beschaffenheit des Lokales betreffen,

sodaß die ungeeignete Lage des Lokales und der Mangel des Bedürfnisses als Versagungsgründe ausfallen.

Vgl. Urteil des preuß. Oberverwaltungsgerichtes vom 28. November 1877, in dessen Entsch. Bd. 3 S. 251.

Die Behörden, welche mit der Erteilung und mit der Versagung der Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft befaßt sind, hat die Gewerbeordnung nicht bestimmt. In Preußen kommen deshalb als Landesgesetze für die hier in Frage stehende Provinz Posen die Bestimmung Nr. 2 der Allerhöchsten Kabinettsorder vom 7. Februar 1835 (Preußische Gesetzsammlung, S. 18) und die Bestimmung in Nr. 56 der Anweisung I vom 4. September 1869 (Preußisches Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung S. 200) zur Anwendung. Danach hat die Erlaubnis auf dem Lande der Kreislandrat zu erteilen, gegen dessen, die Erlaubnis versagende, Entscheidung der Rekurs an die Königl. Regierung stattfindet.

Das Verfahren bei Versagung der Genehmigung zum Betriebe der Schankwirtschaft ist durch die §§. 40, 20, 21 Gew.O. und, unter Zugrundelegung derselben, durch die Vorschriften Nr. 55—58 der bezeichneten preußischen Anweisung I für die Provinz Posen, wie folgt, geregelt. Gegen den die Erlaubnis versagenden Bescheid des Landrates ist der Rekurs an die Königl. Regierung zu richten, welcher bei Verlust desselben binnen 14 Tagen nach der Eröffnung des Bescheides gerechtfertigt werden muß. Die Regierung hat auf Grund einer mündlichen Verhandlung, zu welcher der Rekurrent geladen wird, kollegialisch zu entscheiden und einen mit Gründen versehenen Bescheid zu erlassen. Wird durch den Rekursbescheid die Entscheidung des Landrates bestätigt, so findet eine weitere Beschwerde nicht statt.

Wenn nun auch in der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich sich nicht, wie es im §. 25 der preußischen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 (Gesetzsammlung S. 41) der Fall war, eine ausdrückliche Vorschrift findet, durch welche der Rechtsweg angeschlossen wird, so folgt doch von selbst, daß in und neben einem Verfahren, welches durch Festsetzung der zuständigen Behörden, durch Bestimmung der Rechtsmittel und durch Vorschriften über den Gang des Verfahrens fest geordnet ist, nicht ein anderes Verfahren vor anderen Behörden zugelassen werden soll; denn daraus, daß nur das eine Verfahren vor-

geschrieben ist, ergibt sich notwendig der Ausschluß jedes anderen Verfahrens.

Die Kläger sind daher nicht berechtigt, die für sie in dem auf Grund der Bestimmungen der Gewerbeordnung geregelten Verfahren ergangene Entscheidung der Verwaltungsbehörden dadurch anzufechten, daß sie von den Gerichten in derselben Frage, worüber die Verwaltungsbehörden bereits endgültig entschieden haben, eine entgegengesetzte Entscheidung verlangen. Weil die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden begründet ist, gehört der Rechtsstreit nicht vor die ordentlichen Gerichte (§. 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes).

2. Dagegen ist die Entscheidung der Vorderrichter nicht begründet, sofern durch den eventuellen Antrag die Frage durch gerichtliches Urteil entschieden werden soll, ob den Klägern als Besitzern ihres Grundstückes eine Realschankberechtigung zusteht.

Wenn auch die Verwaltungsbehörden, um den Umfang der ihnen durch §. 33 Gew.O. auferlegten Prüfungspflicht festzustellen, zunächst zu untersuchen haben, ob derjenige, welcher die Erlaubnis zum Betriebe des Schankgewerbes nachsucht, der Inhaber einer Realschankgewerbeberechtigung ist, weil sich danach, wie oben gezeigt, die Anwendbarkeit der Versagungsgründe richtet, so bildet doch die Untersuchung dieser Voraussetzung, nach deren Feststellung die Verwaltungsbehörden erst an die Frage der Erlaubniserteilung beziehungsweise Versagung herantreten können, keinen notwendigen Teil des ihnen vorbehaltenen Verfahrens. Wird den Verwaltungsbehörden diese Vorfrage bereits als entschieden vorgelegt, so sind sie einer Prüfung derselben überhoben; nichtsdestoweniger haben sie aber in das Verfahren über die Erlaubniserteilung einzutreten und darin endgültig zu entscheiden. Die Königl. Regierung in B. selbst hat denn auch, namentlich in den Bescheiden vom 20. April und 13. Juni 1883, die Frage, betreffend die Anerkennung der vom Vorbesitzer der Kläger beanspruchten Realschankberechtigung, von derjenigen, betreffend die Erlaubnis zum Betriebe des Schankgewerbes, gesondert und erklärt, daß über die erstere Frage nicht in dem für die Entscheidung der zweiten Frage vorgeschriebenen formellen Konzessionierungsverfahren, sondern in dem gewöhnlichen Beschwerdeverfahren zu befinden sei, und daß der Antrag auf Anerkennung eines Realrechtes keineswegs als ein Konzessionierungsgesuch anzusehen und zu behandeln sei.

Die Gerechtigkeit, welche die Kläger für ihr Grundstück beanspruchen, entspricht der Befugnis, welche in den §§. 54. 55 A.L.R. I. 23 für Preußen mit der Schankgerechtigkeit und dem Ausschank verbunden werden, Getränke sowohl in Fässern als in Gläsern, Flaschen oder anderen kleineren Quantitäten zu verkaufen. Die Realgerechtigkeit hat, mag ihre Ausübung auch unter öffentlicher Kontrolle stehen, doch keinen öffentlich-rechtlichen Charakter. Ihre privatrechtliche Natur äußert sich schon darin, daß sie dem Grundstücke, welchem sie als berechtigtem Subjekt angehört, einen höheren Wert verleiht, als dasselbe ohne die Gerechtigkeit haben würde. Der Besitzer eines so berechtigten Grundstückes hat daher ein im Privatrechte wurzelndes Interesse daran, daß die Berechtigung bestehe und als bestehend anerkannt werde, und es muß deshalb auch berechtigt erscheinen, wenn sein Recht angezweifelt wird oder thatsächlichen Widerspruch erfährt, dasselbe im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen und ihm Anerkennung zu verschaffen. In der Realschankgerechtigkeit selbst liegt nichts, welches deren Feststellung und Verfolgung im Rechtswege ausschloße. Auch besteht eine gesetzliche Vorschrift nicht, welche Streitigkeiten über die Existenz einer solchen Gerechtigkeit den Gerichten entzöge und vor andere Behörden verwies, vielmehr finden sich Bestimmungen im preussischen Rechte, welche für Streitigkeiten über den Bestand und den Umfang von Gewerbeberechtigungen ausdrücklich die Berufung auf rechtliches Gehör offenhalten, selbst wenn darüber bereits durch die Verwaltungsbehörde entschieden ist (vgl. z. B. §. 43 des Entschädigungsgesetzes zur allgem. Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845, preuß. G.S. S. 79; §. 22 des Gesetzes, betreffend die Regulierung des Abdeckereiwesens, vom 31. Mai 1858, preuß. G.S. S. 333).

Ist hiernach an und für sich der Rechtsweg nicht gegen Eingriffe in eine Realschankberechtigung verschlossen, so kann die Unzulässigkeit des Rechtsweges auch nicht daraus hergeleitet werden, daß der Eingriff durch eine polizeiliche Verfügung stattgefunden hat. Die Verweigerung der Anerkennung der von den Klägern behaupteten Realschankgerechtigkeit seitens der Königl. Regierung in B. enthält die Verletzung eines zum Privateigentume der Kläger gehörenden Rechtes. Durch jene Nichtanerkennung wird den Klägern die Verpflichtung auferlegt, gemäß §. 33 Abs. 3 Gew.O. den Nachweis eines für den von ihnen beabsichtigten Betrieb der Schankwirtschaft vorhandenen Bedürfnisses zu führen. Die

Kläger behaupten von dieser Verpflichtung auf Grund der gesetzlichen Bestimmung des §. 48 Gew.O. und eines speziellen Rechtstitels, durch welchen ihre Vorgänger im Eigentume des angeblich berechtigten Grundstücks die bestrittene Schankgerechtigkeit erworben haben, befreit zu sein. Es liegt somit ein Fall vor, für welchen durch die Bestimmungen in §. 1 Abs. 2 und §. 2 des preuß. Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 (preuß. G.S. S. 192) der Rechtsweg zugelassen ist. Ob durch die polizeiliche Verfügung den Klägern unmittelbar jene Verpflichtung auferlegt, oder ob die Verpflichtung als gesetzliche Folge der polizeilichen Verfügung eingetreten ist, kann keinen Unterschied machen; jedenfalls würde die Verpflichtung für die Kläger nicht entstanden sein, wäre die polizeiliche Verfügung nicht in der die Kläger beeinträchtigenden Weise ergangen.

Nicht ohne Bedeutung ist auch die Stellung, welche die Königl. preuß. Staatsregierung der Klage auf Anerkennung einer Realschankgerechtigkeit gegenüber rücksichtlich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges eingenommen hat. Von derselben ist in keiner Instanz des gegenwärtigen Prozesses die Unzulässigkeit des Rechtsweges geltend gemacht, auch nicht versucht, durch Erhebung des Kompetenzkonfliktes mit einer solchen Einrede durchzubringen; vielmehr hat das Berufungsgericht von Amts wegen jene Frage seiner Prüfung unterzogen. Bezeichnender ist noch der im Erkenntnisse des Königl. preuß. Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte vom 28. Dezember 1850 (preuß. S.M.Bl. 1851 S. 154 flg.) mitgeteilte Vorgang. Es war nämlich gegen den Fiskus, vertreten durch die Königl. Regierung, Klage erhoben mit drei Anträgen, deren erster dahin ging, daß der Fiskus verurteilt werde, die auf Grund eines Vertrages und zufolge einer Verfügung der kompetenten Hypothekenbehörde geschehene Übertragung der mit einem Grundstücke verbunden gewesenen Realschankgerechtigkeit auf ein anderes Grundstück als rechtsbeständig anzuerkennen, während der zweite Antrag bezweckte, die versagte Erteilung der polizeilichen Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft zu erzwingen, und der letzte Antrag den vom Fiskus zu leistenden Schadensersatz zum Gegenstande hatte. Die Königl. Regierung hatte in bezug auf alle Klageanträge den Kompetenzkonflikt erhoben. Der betreffende Ressortminister hat jedoch in betreff des zuerst gedachten Klageantrages den Antrag

auf Einstellung des Rechtsverfahrens zurückgenommen, insolgedessen die Entscheidung darüber, ob die Übertragung der Gerechtigkeit von dem einen Grundstück auf ein anderes für eine unzulässige Bestellung einer neuen Realgewerbeberechtigung zu erachten sei, den ordentlichen Gerichten verblieb. Ist auch der Grund, welcher den Ressortminister bei der Zurücknahme des Antrages auf Einstellung des Rechtsverfahrens bezüglich des ersten Klagantrages geleitet hat, nicht mitgeteilt, so ist derselbe doch unschwer darin zu finden, daß der erste Klagantrag lediglich dem Gebiete des Privatrechtes angehöre und deshalb von der Verfolgung im Rechtswege nicht ausgeschlossen sei.

Ist hiernach die Unzulässigkeit des Rechtsweges für den eventuellen Klagantrag nicht anzunehmen, so kann die Passivlegitimation des von den Klägern gewählten Beklagten Bedenken nicht unterliegen. Wie in dem Urteile des III. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 7. November 1882,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 8 S. 226, auf dessen Begründung Bezug genommen wird, näher dargethan ist, sind die Klagen auf Anerkennung einer Befreiung von einer durch eine polizeiliche Verfügung auf Grund des §. 2 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 gegen die Behörde zu richten, von welcher die betreffende polizeiliche Verfügung erlassen, und zwar gegen die Behörde als Vertreterin des Staates.

Vgl. Oppenhoff, Die preussischen Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden S. 349 Note 63, S. 352 Note 90.

Die Behörde, welche die das Privateigentum der Kläger angeblich verletzende Verfügung erlassen hat, ist die Königl. Regierung in P. Gegen diese haben also die Kläger mit Recht ihre Klage gerichtet. Wenn sie dabei als den eigentlichen Prozeßgegner nicht den Staat, sondern den Fiskus bezeichnen, so ist diese Bezeichnung allerdings nicht korrekt, weil nicht der Staat als Fiskus, als Subjekt des Staatsvermögens in Betracht kommt; da aber über die Person des Beklagten kein Zweifel besteht, so kann die nur unrichtige Bezeichnung des letzteren nicht zur Abweisung der Klage wegen mangelnder Passivlegitimation des Beklagten führen.

Das Urteil des Berufungsgerichtes ist also, sofern dadurch das auch den eventuellen Klagantrag abweisende Urteil erster Instanz auf-

recht erhalten wird, unbegründet und unterliegt insoweit der Aufhebung. In der Sache selbst kann nicht entschieden werden, da die Behauptungen der Kläger, welche die Begründung und den Bestand der angesprochenen Realschankgerechtigkeit betreffen, in den Vorinstanzen überhaupt noch nicht erörtert und festgestellt sind. Die Sache war deshalb gemäß §. 528 C.P.O. zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen.“